

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ DAVID BOTERO ALESSI

**DO ESTADO DE NECESSIDADE AO ESTADO DE LIBERDADE:
EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE NA EXECUÇÃO PENAL**

CURITIBA

2021

LUIZ DAVID BOTERO ALESSI

**DO ESTADO DE NECESSIDADE AO ESTADO DE LIBERDADE:
EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE NA EXECUÇÃO PENAL**

Artigo apresentado como trabalho de conclusão do
curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Katie Silene Cáceres Arguello

CURITIBA

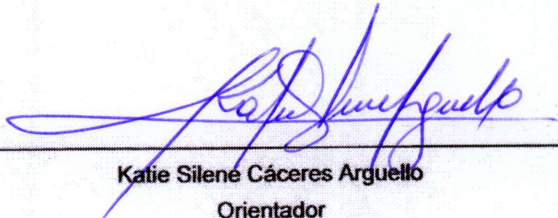
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

DO ESTADO DE NECESSIDADE AO ESTADO DE LIBERDADE: EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE
CULPABILIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

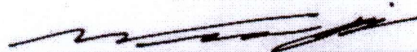
LUIZ DAVID BOTERO ALESSI

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Katie Silene Cáceres Arguello
Orientador

Coorientador



Washington Pereira da Silva dos Reis
1º Membro



Luciano Cirino dos Santos
2º Membro

RESUMO

O presente artigo trata da possibilidade e limitações para a aplicação dos excludentes de ilicitude e culpabilidade na execução penal, através de revisão bibliográfica de autores da criminologia crítica. Partindo do estado de necessidade como gênero, aponta possibilidades e limitações intrínsecas das categorias para a defesa dos direitos dos presos em situações-limite, a limitação externa para sua aplicação presente na ainda persistente "política de *hands-off*" e, por fim, a necessidade da defesa da desobediência civil enquanto excludente de culpabilidade especial.

Palavras-chave: prisão, ilicitude, culpabilidade, direito de resistência, desobediência civil

RESUMEN

El presente artículo trata de la posibilidad y de las limitaciones para la aplicación de las excluyentes de ilicitud y de culpabilidad en la ejecución penal, por medio de la revisión de la obra de autores de la criminología crítica. Partiendo del estado de necesidad como género, señala posibilidades y limitaciones internas de los conceptos para la defensa de los derechos de los presos en situaciones límite, la limitación externa para su aplicación en la aún presente "política de *hands off*" y, por fin, la necesidad de la defensa de la desobediencia civil como excluyente de culpabilidad especial.

Palabras clave: cárcel, ilicitud, culpabilidad, derecho de resistencia, desobediencia civil.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. O ESTADO DE NECESSIDADE E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE NA EXECUÇÃO DA PENA.....	7
3. DA NECESSIDADE À LIBERDADE. DO DIREITO DE RESISTÊNCIA À DESOBEDIÊNCIA CIVIL.....	14
4. CONCLUSÃO.....	21
REFERÊNCIAS.....	23

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, muitas têm sido as defesas feitas na Execução Penal. A defesa jurídica do preso se dá das formas mais criativas, sendo talvez a área do Direito mais rica justamente por isso. Desde a histórica defesa de Sobral Pinto a partir do Direito dos Animais,¹ passando por alegações criminológicas acerca da profissionalização e formação de uma identidade de criminosos enquanto tais, estudos sobre reincidência, a utilização de disputas orçamentárias entre os Estados e União ou análises econômicas de custos prisionais, o confronto com o Direito Militar,² a remissão a declarações de direitos internacionais, a Lei Antimanicomial, até muitas outras possibilidades que em alguns casos são inclusive essencialmente retóricas ou de interesse prático da administração penitenciária. Seria impossível elencar todas as possibilidades, às quais se somam no presente tempo preocupações sanitárias com relação à pandemia de COVID19. Por serem tão marcadas, recorrentes e variadas as violações de direitos, igualmente são variadas as possibilidades de defesa.

Essa situação, a riqueza do Direito da Execução Penal, por outro lado, se choca com a realidade da Execução Penal ser um dos campos da advocacia mais menosprezados, a tal ponto quiçá a maioria dos especialistas do Direito e Processo Penal declarem abertamente terem pouco interesse no tema. Muitos se dedicam às mais diversas áreas, mas poucos à Execução Penal. Talvez, porque os clientes muitas vezes não têm sequer o que vestir e seus familiares mal têm recursos para visitá-los, salvo uma ínfima minoria, esse campo não esteja entre aqueles que chamam a atenção da maioria dos estudantes. Talvez a falta de professores que abordem com profundidade a Execução Penal dificulte que seja despertado o interesse na área. Ou talvez haja algum peso da opinião pública, afinal, se os advogados em geral já são mal vistos — o que é completamente compreensível, tendo em vista que a existência da advocacia tem como premissa a injustiça —, quem dirá o advogado de *bandido*, cujo sustento depende diretamente da existência de crimes vários.

Independentemente do motivo, a situação nas prisões é tal que o princípio de tudo é a

1. NEVES, Daniel Monteiro. Como se defende um comunista: uma análise retórico-discursiva da defesa judicial de Harry Berger por Sobral Pinto. Dissertação (Mestrado em Letras) – Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de São João del-Rei. São João del-Rei, 226 p., 2013.

2. "Deserção: Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de **oito** dias: Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada." BRASIL, 1969. Não 6, nem 7 dias, mas 8 dias. Em certo sentido, há mais tolerância com a "fuga" do militar que com a do preso que chega atrasado algumas horas em dia de saída temporária.

justificativa não jurídica, mas política, do porquê da defesa, cujo corolário é a defesa do direito do *advogado*, aqui tratando do advogado criminal, de exercer a sua profissão, o que por si só não é algo simples e podem ser escritos tomos a respeito. Logo, pode-se defender o direito do preso, condenado ou não, continuar vivo, isto é, respirar, se alimentar, ter tratamento médico, higiene, se vestir, tomar sol, entre outras necessidades fisiológicas de um animal. Se isso não convence, pode-se apelar para os familiares, em especial a existência de filhos ou algum familiar doente, de forma parecida a como se defenderia que não se maltrate excessivamente uma besta para não prejudicar seu dono. Mas, se ultrapassarmos a Lei de Proteção dos Animais utilizada por Sobral Pinto, surge a defesa do direito a não ser considerado tal besta, mas um ser pensante, que trabalha, estuda, lê, se informa acerca do mundo que o rodeia. Um ser pensante que como tal tem ideias e se comunica com os outros, se possível com alguma privacidade, que possui valores, julga determinadas coisas corretas e outras equivocadas e quando lhe é imposto algo que considera injusto, se rebela. Surge a defesa do preso como sujeito de direitos.

Partindo desse princípio, do preso como sujeito de direitos, este artigo tem o singelo fim de expor acerca da possibilidade de aplicação das categorias do Direito Penal de excludente de ilicitude e de culpabilidade à situação dos presos, em especial ao tratar das faltas graves, tendo em vista suas consequências negativas para a obtenção de novos "benefícios" e a restrição de visitas que geralmente as acompanham, o que tem muito impacto para os presos e é talvez um dos tipos principais de sanções dentro da pena.

Sendo dividido em duas partes, e partindo da revisão bibliográfica de obras de autores ligados à criminologia crítica, este artigo exporá em sua primeira parte, em linhas gerais e como permite o espaço, acerca das excludentes de ilicitude e de culpabilidade aplicáveis em geral à Execução Penal, tomando o estado de necessidade como gênero das demais excludentes e indicando a presunção do estado de necessidade permanente nas prisões. Em sua segunda parte, tratará da desobediência civil como herdeira do Direito de Resistência à Opressão e excludente de culpabilidade peculiar, resgatando sua origem iluminista e indicando o tratamento que é dado pelos referidos autores.

Com isso, espera-se que talvez este artigo possa, ao indicar algumas entre as muitas possibilidades de aplicação do Direito à Execução Penal, estimular algum eventual leitor a se aventurar nos caminhos da defesa dos direitos dos presos.

2. O ESTADO DE NECESSIDADE E AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE NA EXECUÇÃO DA PENA

Como os demais princípios e categorias cruciais do Direito Penal³ — a exemplo da tipicidade, proporcionalidade, presunção de inocência ou "estado de inocência", como dizem alguns —, as chamadas excludentes de ilicitude e de culpabilidade têm utilidade no âmbito prisional e especial valor ao tratar do tema das sanções administrativas e das faltas graves, incluindo, logicamente, as faltas graves por cometimento de novo delito no curso da pena.

Tais categorias estão entre as mais conhecidas do Direito, sendo verdadeiramente essenciais, de tal modo que um estudante da área poderá encontrar um capítulo que verse sobre o tema em qualquer manual ou até mesmo resumo sobre a área. A vasta discussão acerca das excludentes de ilicitude e de culpabilidade pelos penalistas trata em essência em que consiste e até que ponto está maculada a *vontade*, até que ponto é vontade *livre*: até quando pode dizer-se que existe e, existindo, até quando há real possibilidade de escolha ou é razoável exigir uma determinada escolha entre as escolhas possíveis.

Partindo do célebre manual de Direito Penal de Juarez Cirino dos Santos e do conceito de *estado de necessidade*, temos o entendimento de que este decorre da impossibilidade efetiva de escolha, seja devido ao instinto de sobrevivência, cujo direito de defender não pode ser negado a qualquer sujeito,⁴ seja como causa de justificação de conduta típica ou como

3. Muitos desses princípios do Direito Penal, ademais, não se restringem a ele. A garantia do contraditório e do devido processo legal, por exemplo, ambos previstos constitucionalmente e inclusive para o âmbito administrativo, estão presentes no próprio Direito Civil, que é a origem de todo o Direito propriamente dito, como tratado de forma interessante por Pachukanis. Muitos dos conceitos e formulações do Direito Penal serão herdados dessa origem comum de todo o Direito e o diálogo persiste até hoje, *e. g.*, teorias penais que partem da responsabilidade objetiva e do nexo de causalidade. Acerca de Pachukanis, cabe apontar de passagem a pendência do confronto de suas teses com a posição majoritária adotada na época e posteriores debates no então Campo Socialista, problema completamente ignorado pelos juristas pátrios. Ver: PACHUKANIS, Evgueni Bronislávovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*; tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

4. Nesse sentido, mesmo Hobbes, que não justificava a resistência ao Estado por qualquer trivialidade, ressaltaria que, quando um homem transfere os seus direitos ao soberano, ele "não pode abdicar do direito de resistir àqueles que o ataquem pela força para tirar-lhe a vida; pois não é possível compreender que dessa maneira ele busque para si qualquer bem. O mesmo pode ser dito de ferimentos, acorrentamento e prisão, seja tanto porque não há benefício que corresponda a tais sujeições, ou também, no que se refere à sujeição a ferimentos por outrem ou à prisão, porque um homem não pode ver, quando os demais procedem contra ele com violência, se eles buscam sua morte ou não." HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Oxford University Press, 1965. Tradução livre do autor. Para evitar repetições, aclara-se que neste artigo todos os trechos cujo original está em inglês ou espanhol foram traduzidos da mesma maneira.

excludente de ilicitude propriamente dita.⁵ Na mesma seção, Juarez Cirino expõe outra excludente de ilicitude de particular interesse: a *legítima defesa própria ou de outrem*, que a rigor não deixa de ser espécie do gênero *estado de necessidade*, pois estão presentes bens jurídicos equivalentes em jogo: a vida ou integridade física própria ou de outrem, sendo no segundo caso os "ferimentos" dos quais fala Hobbes.

O estado de necessidade é por excelência a excludente de ilicitude aplicável à Execução Penal. Isso porque é difícil vislumbrar os casos de *exercício regular de direito* e de *estrito cumprimento de dever legal* ao abordar as faltas graves dentro das prisões, que são as outras principais excludentes de ilicitude tradicionalmente tratadas pela doutrina, tendo em vista que a situação jurídica do preso não o qualifica para tanto. Via de regra, ao considerar o estado de coisas inconstitucional, usando as palavras do ministro Marco Aurélio, tal estado poderia ser categorizado como *estado de necessidade permanente*, salvo em algum presídio modelo existente como vitrine para propaganda do sistema prisional. Nas inconstitucionais circunstâncias prisionais comuns e correntes, quais meios tem o preso, *e. g.*, para provar uma ameaça em caso de fuga, quando até mesmo a indicação do ameaçante o pode colocar novamente em risco? Abundam histórias em que presos em condições mais desfavoráveis assumem a posse de objetos e até mesmo a prática de outros tipos de falta grave, servindo inclusive como moeda de troca para sanar dívidas econômicas.⁶ A impossibilidade de prova e a inconstitucionalidade permanente exigiriam uma postura ativa do judiciário, declarando a presunção de *necessidade*⁷ permanente, sendo espaço livre do direito.

5. "Historicamente, o estado de necessidade tem sido pensado a partir de três diferentes pontos de vista: primeiro, como **espaço livre do direito, fundado na impossibilidade do ordenamento jurídico disciplinar conflitos determinados pelo instinto de sobrevivência**; segundo, como *justificação* de conduta típica, fundada na preponderância ou equivalência do bem jurídico protegido; terceiro, como **exculpação de conduta antijurídica, fundada na inexigibilidade de comportamento conforme ao direito**, em hipóteses de bens jurídicos equivalentes." SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012a, p. 235. Destaques em negrito próprios. A doutrina penal terá as mais diversas formulações acerca do estado de necessidade, entretanto, para não se estender em demasia, este artigo se limitará a trazer a síntese de Juarez Cirino.

6. Ver, a respeito: DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. Tive a oportunidade, ao estagiar na Execução Penal tanto na Defensoria Pública do Paraná, quanto no Ministério Público do Paraná, de ver inúmeras justificações nas mal digitalizadas folhas dos Processos Administrativos Disciplinares nesse sentido. Alguns presos por vezes indicam ameaças do próprio agente penitenciário, outros dizem ter assumido a falta para privar os demais da sanção coletiva, entre outros casos.

7. A necessidade, filosoficamente, tem sido tratada no decorrer dos séculos como negação da liberdade de escolha e essa acepção é plenamente aplicável à realidade prisional. Assim versa o verbete do célebre dicionário filosófico de Ferrater Mora acerca do conceito de necessidade: "[na antiguidade] somente Aristóteles trouxe sobre ele precisões suficientes. (...) o conceito de necessário tem os seguintes sentidos: (1) a necessidade resulta da coação; (2) a necessidade é a condição do Bem; (3) é necessário o que não pode ser de outro modo e o que, por conseguinte, existe somente de um modo. (...) ainda reduzida ao sentido (3), a noção de necessidade pode ser entendida de duas formas: (a) como necessidade ideal e (b) como necessidade real, (a) expressa

A realidade, entretanto, é a sanção administrativa prévia ao conhecimento da falta pelo juízo, que viola o "estado de inocência", o contraditório, assim como a existência de sanções coletivas mesmo que vedadas pela própria Lei de Execução Penal. Na impossibilidade de individualizar a falta, são culpados todos os da cela ou galeria. Em vez de presumir a necessidade, presume-se a culpa.

A excludente de ilicitude, por outro lado, encontra em si mesma limitações, como Juarez Cirino explicará no mesmo capítulo sobre antijuricidade da obra citada. Como nos demais manuais da área, o autor explica que tanto o estado de necessidade quanto a legítima defesa — que aqui é concebida, como já apontado, como espécie do gênero — trazem suas exigências. Junto à necessidade, vem a exigência da suficiência da conduta, junto ao perigo iminente, a adequação da resposta. A uma agressão corresponde ser comedido, ponderar e não se exceder. Desse ponto de vista, não é razoável arrancar a cabeça de outro preso ou envolver seu corpo em colchões e jogar o conjunto em chamas desde o telhado de um edifício penitenciário,⁸ apenas porque se passa fome, se come comida estragada, é utilizado *spray* de pimenta em celas fechadas, não há banho de sol, são canceladas visitas, não há condições de higiene, se morre por doenças medievais ou por pestes contemporâneas, alguém foi transferido ao isolamento, como forma de exigir a política de *numerus clausus* matando novos presos que chegam à cela, ou qualquer outro caso.

É sem dúvida uma limitação à aplicação das excludentes não apenas à realidade prisional, mas em qualquer circunstância que seja abordada juridicamente. Não obstante, no capítulo seguinte do livro, o penalista tratará de outro tema essencial, que são as excludentes de culpabilidade, que têm como fundamento a inexigibilidade de comportamento conforme o direito,⁹ como também explica Maurício Stegemann Dieter em sua dissertação de mestrado,

encadeamento de ideias; (b) de causas e efeitos. (...) [os escolásticos] propuseram várias distinções no conceito de necessário — definido como o que é e não pode não ser, *quod est et non potest non esse*. (...) Com o qual se estabelece uma gradação entre formas de necessidade que vão do absoluto ao mais condicionado, e ainda que permitem inclusive compreender a necessidade condicionada como uma atenuação da absoluta.(...) Depois de Kant, em contrapartida, e sobretudo no curso do idealismo alemão, o problema da necessidade foi tratado sobretudo ligado ao problema da liberdade (...). MORA, José Ferrater. *Diccionario de Filosofia*. 5ª ed. Pensilvania: 1964. Em sentido similar, ver: ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofia*; tradução de Alfredo Bossi. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

8. DIAS, *ibidem*. Aqui o leitor encontrará inúmeras notícias de situações como a descrita, apenas no Estado de São Paulo.

9. "(...) finalmente, o último estágio da pesquisa do juízo de culpabilidade consiste no exame da *normalidade/anormalidade* das circunstâncias de realização do tipo de injusto por um autor capaz de

ao partir do próprio Juarez Cirino e de Giorgio Agamben e seu conceito de "estado de exceção".¹⁰

Tais excludentes de culpabilidade, através da inexigibilidade de conduta diversa, como visto, terão vários sabores legais: a coação irresistível (por força ou ameaça), a obediência hierárquica, o excesso de legítima defesa real por defeito emocional (medo, susto, perturbação), excesso de legítima defesa putativa por defeito emocional (perigo imaginário); assim como sabores supralegais: o fato de consciência, provocação da situação de legítima defesa, desobediência civil e conflito de deveres.¹¹ Como se vê, tal conceituação muda o quadro anterior, pois os juristas passam a justificar o que antes eram excessos puros e simples.

A distinção entre as diversas categorias de exculpação expostas acima e mesmo se tratar de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade responde a um interesse prático, pois os distintos ordenamentos jurídicos terão dispositivos de diversa aplicação em cada caso, muitas vezes contraditórios entre si e formulados quiçá por legisladores que não tenham a menor ideia do que escrevem e de como uma simples palavra em um artigo de lei pode se transformar em tomos inteiros de artigos jurídicos, tal qual uma bola de neve e logo uma avalanche que faz estremecer o mundo dos penalistas.

Como fundamento para tais distinções os diversos autores entrarão na psicologia de cidadãos envoltos nas mais variadas hipóteses, nos intrincados elementos que compõem a sua subjetividade, partindo da corrente psicológica de sua preferência. Como há muitos autores no campo da psicologia, muitos juristas, são muitos os casos possíveis e muitos os códigos penais e as suas alterações legislativas, é inevitável que surjam também muitos tomos acerca do tema. Na realidade, a discussão é parte da conhecida análise acerca da existência não apenas de conduta em geral, mas de conduta típica, antijurídica e culpável, partindo do naturalismo, do finalismo, dos bens jurídicos, das teorias bipartidas, tripartidas e dos mais

culpabilidade, com conhecimento *real* ou *possível* da proibição concreta: circunstâncias normais fundamentam o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme ao direito*; circunstâncias *anormais* podem constituir situações de exculpação que excluem ou reduzem o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme ao direito*: o autor reprovável pela realização não justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é *exculpado* pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa." SANTOS, *ibid*, p. 319. Destaques no original.

10. DIETER, Maurício Stegemann. *A inexigibilidade de comportamento adequado à norma penal e as situações supralegais de exculpação*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 191 p., 2008, p. 75 *et seq.*.

11. SANTOS, *passim*.

diversos matizes. Surgem infundáveis discussões de conceitos buscando encaixar os mais diversos e muitas vezes contraditórios autores e alterações legislativas em teorias que abarquem a maior quantidade de casos.

Em todos os casos, entretanto, trata-se de definir até que ponto é reconhecida a *necessidade*,¹² qual o momento em que é preciso afastá-la e atribuir a responsabilidade pela conduta, pois de outro modo o Direito seria impossível.¹³ As excludentes de culpabilidade são sucessivamente, partindo do reconhecimento legal para aqueles que resultam de construção doutrinária, um reconhecimento mais ou menos extenso da *livre vontade* e por consequência da *necessidade* pelo negativo, mesmo em situações em que aparentemente a escolha existe,¹⁴ sendo consciente, ou não.¹⁵

12. Exemplo disso é a exposição de Leandro Gornicki Nunes quando trata de conflito de deveres, partindo, assim como Maurício Dieter, de Giorgio Agamben: "Realmente, o *conflito de deveres*, enquanto representação de um *estado de necessidade*, torna-se uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato. **É um limiar onde fato e direito tendem a ficar indiscerníveis: o fato vira direito e o direito é suspenso e eliminado de fato.**" NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 178 p., 2012, p. 142. Destaques em negrito próprios.

13. "(...) se as ações humanas podem ser projetadas, através de uma cadeia necessária, à Divindade, nunca poderão ser criminosas; tendo em vista a infinita perfeição do Ser de que derivam." HUME, David. *An Enquiry Concerning Human Understanding and Other Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 89. Se substituirmos "Divindade" por "realidade social" ou "condições sociais adversas", temos o mesmo resultado, reputa-se tal realidade perfeita como a Divindade ou não.

14. São muito interessantes as palavras de William da Silva Lima a respeito da necessidade de fundar o que ficou conhecido como Comando Vermelho: "Não havia regras de comportamento naquela época nos presídios. Um preso desrespeitava o outro. Imagina um pai de família sendo violentado, estuprado. Ou um detento que tinha seus pertences roubados, algo que a mãe trazia numa visita para o filho e, quando ela ia embora, outro pegava. **A Falange Vermelha veio para criar leis de convivência, um código de conduta, pedir respeito ao preso, isso era necessário.**" HERINGER, Carolina. *Morre William 'Professor', um dos fundadores da maior facção criminosa do Rio*. EXTRA. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/morre-william-professor-um-dos-fundadores-da-maior-facao-criminosa-do-rio-23848272> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021

15. Na voz de Graciliano Ramos, sobre a dificuldade para exercer um juízo racional quando preso: "Indícios confusos encorpavam ali dentro, ganhavam relevo, mudavam-se em provas. Fora do mundo, aqueles espíritos caíam em forte impressionabilidade, gastavam as horas longas criando fantasmas ou admitindo, ingênuos, inventos alheios, as informações mais disparatadas. Só mais tarde percebi como embustes grosseiros nos enleiam no cárcere e esforcei-me com desespero por vencer o rebaixamento mental, a credulidade estúpida. (...) Naquele apuro, esforçando-nos embora por conservar o juízo, a reflexão, tornamo-nos crédulos em demasia: tudo em redor de nós se altera, os sentidos nos dão impressões esquisitas, o pensamento se embrulha, pára, ou se atira em cabriolas insensatas. Poucos objetos, fatos escassos, nos arrastam a conclusões pasmosas. E às vezes, na carência dos objetos e dos fatos, criam-se fantasmas. (...) Receava deixar-me arrastar, afirmar levandades, alucinar-me a ponto de confundir o barulho de um motor com descarga de metralhadora. Esse temor me roía constantemente, e o pior de tudo era não saber se já me havia contaminado, se iria também criar fantasmas, ver perigos inexistentes e revoltas absurdas, comportar-me ingênuo como criança. Possivelmente essa incerteza me aconselhou resistência às insinuações malévolas. Sentia-me enervado, propenso a aceitar qualquer boato. Preguiça de refletir. (...) De fato não pensava, faltavam-me recursos indispensáveis a uma conclusão, desconhecia os antecedentes daqueles homens e era forçado a orientar-me pelas aparências. Revoltavam-me as picuinhas, as frases incompletas e tendenciosas, o labéu jogado a ausentes indefesos. Pisávamos terreno movediço e cheio de emboscadas. E não conseguíamos discernir se as acusações tinham fundamento ou não, quais os divulgadores sinceramente convencidos e quais os provocadores de suspeita e balbúrdia. Em tal situação invade-nos um mal-

O que persiste e é invariável é que o estado de necessidade nas prisões é permanente e portanto deve ser presumido. Tal presunção tem a consequência de uma espécie de inversão do ônus da prova em favor do preso, tal como ocorre no direito trabalhista e no direito do consumidor, diante da "vulnerabilidade", da incapacidade do preso de produzir prova em sua defesa.¹⁶ É situação distinta do que ocorre no direito penal, em que geralmente é ao acusado que se incumbe demonstrar a excludente de ilicitude/culpabilidade, ainda que haja sem dúvida compreensões críticas a esse ônus imposto pelos juízes através de um paralelismo com o Direito Processual Civil. As alegações do preso, que é quem realmente poderia revelar informações acerca de seus íntimos sentimentos, devem então ser tidas como verdadeiras ao alegar necessidade, perigo, ameaça, coação e excessos na busca de afastá-los.

Não é o objetivo deste artigo determinar a categoria jurídica e a corrente teórica adequada para definir determinada situação concreta, que variará de acordo com o estado das leis, a preferência doutrinária do advogado e sua habilidade para agradar os ouvidos do julgador, que também tem as suas próprias preferências.¹⁷ Muitos outros autores serão mais precisos e tratarão do tema de forma mais completa,¹⁸ em trabalhos dedicados muitas vezes a uma excludente em particular. Não significa que tal diferenciação entre as distintas espécies de excludentes seja em si mesma desimportante para a Execução Penal, ainda que tenha certamente menos peso que no Direito Penal. Podem ser pensadas consequências caso seja utilizada uma categoria ou outra. Se o próprio Código Penal reconhece excludentes de culpabilidade que não afastam a pena complementemente, mas a atenuam, procedendo a genuína gradação da vontade, aplicando-as de forma análoga à Execução Penal, por exemplo, surge a possibilidade de modulação das sanções administrativas: desclassificação para mera advertência, falta leve ou média (o que acarreta em isolamento e restrição de visitas), homologação da falta grave, mas manutenção da data-base (o que afeta a concessão de comutação e indulto), alteração de data-base (o que afeta a progressão de regime), perda de

estar desconhecido cá fora, vivemos à espera de ameaças indeterminadas e, reconhecendo ser impossível conjurá-las, não nos resignamos a capacitar-nos disto: buscamos isolar-nos na multidão, permanecemos de sobreaviso, reduzimos o vocabulário e estudamos as caras e os gestos. (...) Todos se espionam, divulga-se o constrangimento, o ar se envenena." RAMOS, Graciliano. Memórias do Cárcere. São Paulo: Círculo do Livro, [19--], p. 113, 123, 125, 205 e 206.

16. Para tal fim, se Sobral Pinto usou a Lei de Proteção dos Animais no interesse de um preso político, não seria absurda, porém curiosa, a utilização de analogia com o Código de Defesa do Consumidor, que pelo menos trata de relações entre seres humanos.

17. Nesses casos, é sempre útil a alegação de *bis in idem*.

18. Ver DIETER, *ibid*, *passim*.

remições (sendo a fração da perda variável), regressão de regime, entre outras possibilidades.¹⁹

Busca-se com o exposto apenas ressaltar a situação do permanente estado de necessidade e a extremamente útil e possível alegação em juízo da presunção de veracidade das alegações do preso no que se refere às excludentes de ilicitude e culpabilidade, na falta da observância do estado de inocência, que é também vigente para os processos administrativos, de onde nasce grande parte das faltas graves.²⁰

19. A verificação da necessidade, justificação e modulação das sanções administrativas através da aplicação do arsenal teórico do Direito Penal, porém, esbarrará na famosa política de *hands off*. A respeito, são muito vivas as palavras de William da Silva Lima, *o professor*: "A Justiça enviou uma comissão, chefiada por uma juíza, para inspecionar o presídio. (...) quando a porta se abriu, a pobre mulher não pôde conter seu espanto. Vivia no mundo das petições, dos embargos, dos mandados. Trabalhava com papel, em um ambiente onde ainda se pede vênica — *maxima venia* — por qualquer dá-cá-uma-palha. Fora educada para ver a justiça como expressão de um saber humanista e racional, digno de orgulho. Certamente acreditava no papel corretivo das penas... E agora estava ali, vendo o que se fazia sob a sagrada proteção da Lei. Não havíamos sido condenados à morte, mas perdêramos o direito à vida, cumprindo pena de um tipo determinado por tribunais informais. Nesse dia ela deve ter aprendido que nossa condenação apenas começa na Justiça: passa pela burocracia, vai aos diretores, envolve diversos chefes e chega aos guardas menos importantes. Por essas delegações sucessivas, o puro arbítrio, expulso dos tribunais, reincorporasse à pena, que obedece também a uma lei verbal, caprichosa, mutante, aberta aos desejos de aniquilação, tão fortes na sociedade que a todos envolve. A privação da liberdade é só o começo do que se assiste depois." LIMA, William da Silva. *Quatrocentos contra um: uma história do Comando Vermelho*. 2ª ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001, p. 80-81.

20. Para além das faltas decorrentes dos Processos Administrativos Disciplinares, já por si precários, é comum que se prescindia deles ao tratar da falta grave de cometimento de novo delito no curso da pena.

3. DA NECESSIDADE À LIBERDADE. DO DIREITO DE RESISTÊNCIA À DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Ao leitor que chegar a este ponto pode parecer injustificado dedicar-se a discorrer sobre a desobediência civil, tendo em vista a afirmação acima de não ser o propósito deste trabalho se ater a excludentes de culpabilidade específicos, tendo já tratado do estado de necessidade como gênero. Não obstante, a desobediência civil tem a importante peculiaridade de ser precisamente, ao mesmo tempo que uma causa de exculpação, uma denúncia do estado de coisas e, por isso mesmo, sendo a disciplina um dos fundamentos da prisão,²¹ afronta inconteste.²² Não é uma excludente qualquer, decorrente da ausência de escolha completa, é a excludente em que o preso age da forma mais consciente e, assim, se torna distinta das demais. Exige, portanto, não apenas a defesa da aplicabilidade dos excludentes de ilicitude/culpabilidade em geral já tratada, mas a defesa de sua legitimidade jurídica e política.

Para compreender o assunto, em que pese hoje estar fora de moda, é preciso retornar ao Iluminismo, com sua concepção de Contrato Social, que supera o estado de natureza dos homens (como humanidade). Estado de natureza os leva a se comportarem antes como

21. Disciplina que é antes meio para a despersonalização e aniquilação do indivíduo e a mística "reeducação" e "ressocialização", que são em si mesmas contrassensos pois o preso nunca saiu da sociedade. Nas palavras de Graciliano Ramos: "Porque se comportavam daquele jeito? Pareciam querer apenas demonstrar-nos que podiam deixar-nos em repouso, em seguida enviar-nos para um lado ou para outro. (...) Haverá proceder mais estúpido? Estúpido, na verdade. Mas não tencionam apenas revelar-nos a própria estupidez: querem possivelmente forçar-nos a entender que nos podem tornar estúpidos, executar ações inúteis, divagar como loucos, ir andando certo e sem mais nem mais torcer caminho, mergulhar os pés num atoleiro. Um, dois, um, dois. Se as nossas cabeças funcionavam, é bom que deixem de funcionar e nos transformemos em autômatos: um, dois, um, dois. (...) O indivíduo livre não entende a nossa vida além das grades, as oscilações do caráter e da inteligência, desespero sem causa aparente, a covardia substituída por atos de coragem doida. Somos animais desequilibrados, fizeram-nos assim, deram-nos almas incompatíveis. Sentimos em demasia, e o pensamento já não existe: funciona e pára. Querem reduzir-nos a máquinas. Máquinas perras e sem azeite. Avançamos, recuamos — nem sabemos para onde nos levam." RAMOS, *op. cit.*, p. 87 e 476. Ainda, sobre o tema, ver FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014. Deve ser feita a ressalva que realmente há uma disciplinarização dentro das prisões brasileiras, mas esta se dá dentro de um código de conduta criminoso e de base ideológica do *lumpensinato*, não é a mesma disciplina burguesa ou proletária que nascem da fábrica. A respeito, ver DIAS, *ibidem*.

22. "Comportamentos de indisciplina em virtude de inconformismo dos presidiários diante das violações de direitos humanos praticados pelo Estado, são tidos como prática de falta grave e, por isso, punidos severamente com as devidas consequências no cômputo da pena para os fins de progressão de regime. (...) **os detentos são obrigados a praticar tais condutas como meio de sobrevivência**, num ambiente prisional que assim está construído e mantido pelo Estado com a finalidade real de proporcionar todos os meios possíveis para que a eficácia invertida das funções declaradas da pena se cumprem integralmente." REIS, Washington Pereira da Silva dos. *A fundamentação ideológica do poder punitivo e o cárcere como meio de controle social: a punição para além do cumprimento da pena*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 333 p., 2014, p. 104. Destaques em negrito próprios. "O preso é alguém tão despojado, tão despossuído, que sua conquista do direito à voz soa como anúncio da inevitável desestabilização, do caos, da insegurança coletiva. Já é uma rebelião em si." LIMA, *op. cit.*, p. 96.

animais que como homens, como Hegel trataria mais tarde, não sendo muito distinto do estado de necessidade permanente do qual tratou-se acima, espaço vazio do Direito. Para Hegel, como Engels aclara em seu *Anti-Düring*,²³ existindo as Leis necessárias da natureza, inevitável que estas se transformem em Leis da sociedade quando aplicadas ao homem, de natureza social. E, sem embargo, ao conhecer essas Leis, os homens são capazes de dominá-las. A necessidade então se transforma em liberdade. Marx, em sua *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*, explicará que Hegel concebe o Direito como expressão máxima da Liberdade, ao passo que sua realização se dá através do Estado.²⁴

Tal formulação, de um lado, supera a antiga compreensão acerca da necessidade e da liberdade, de outro, deixa expresso que a liberdade nasce da necessidade, que a necessidade é ao mesmo tempo necessidade *da liberdade*, que se torna liberdade através da dominação do homem da natureza e da sociedade, que por isso a própria liberdade é necessária ao estar determinada pela história. É desenvolvimento através da lógica de Hegel do que antes disseram os contratualistas, que justificam o Estado através de um ideal contrato *livre e voluntário* entre iguais, que origina uma Constituição.

No caso dos iluministas franceses, declararam que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos não tem Constituição (um estado de coisas inconstitucional, portanto!), que a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão são direitos naturais e imprescritíveis do homem.²⁵ Em que implica a ausência de Constituição? Em

23. "Hegel foi o primeiro a descrever corretamente a relação entre a liberdade e a necessidade. Para ele, liberdade é o conhecimento da necessidade [*die Einsicht in die Notwendigkeit*]. "A necessidade é *cega* apenas *enquanto não é compreendida* [*begriffen*]." A liberdade não consiste em nenhuma sonhada independência das Leis naturais, mas no conhecimento dessas Leis e na possibilidade que isso dá de sistematicamente fazê-las funcionar de acordo com fins definidos. E isso é válido tanto em relação às Leis da natureza externa quanto àquelas que governam a mesma existência física e mental do homem — duas classes de Leis que podemos separar entre si no máximo apenas em pensamento, mas não na realidade. A livre vontade, assim, não significa nada mais que a capacidade de tomar decisões com conhecimento de causa. Daí que quanto mais *livre* seja o juízo de um homem acerca de uma questão definida, tanto maior é a *necessidade* com a qual o conteúdo desse juízo será determinado; enquanto a incerteza, fundada na ignorância, que parece fazer uma escolha arbitrária entre muitas possibilidades de decisão diferentes e conflitantes entre si, mostra precisamente dessa forma que não é livre, que é dominada pelo mesmo objeto que deveria dominar. Daí que a liberdade consista no controle sobre nós mesmos e sobre a natureza externa, um controle baseado no conhecimento da necessidade natural; é por consequência necessariamente um produto do desenvolvimento histórico." MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *Collected Works*. Lawrence & Wishart; Eletric Book, 2010. t. 25, p. 105 e 106.

24. "Não é esta, então, a verdade: que no Estado, de acordo com Hegel a mais elevada forma de existência da liberdade, a existência mesma da razão autoconsciente, não é o Direito, a existência da liberdade, que rege, mas a necessidade natural cega?" *Ibidem*, t. 3, p. 56.

25. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo; Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.

ausência de Direito, em arbítrio, tirania. O que ocorre quando tal Estado, por usurpação, não corresponde ao acordo livre entre vontades? Contra esse *desvio da evolução da história* surge a necessidade de uma revolução que corrija seu curso, tal qual as revoluções celestes que fazem os cosmos retornarem a seus devidos lugares ou uma espécie de roda da história. Um direito tão natural como as Leis da física.

No caso dos norte-americanos, aparecem a vida, a segurança, a busca da felicidade e igualmente a resistência à opressão, ainda que com outra formulação "jurídica". Chegarão ao ponto de fazer emendas em sua Constituição declarando que o próprio direito a possuir e portar armas é um direito fundamental.²⁶

O constitucionalista argentino Gargarella traz constatação correta ao indicar o proposital silêncio do constitucionalismo contemporâneo quanto ao Direito de Resistência²⁷ e fará interessante, apesar de breve, retomada dos antecedentes medievais que culminam nas concepções de Locke e que inspiraram a Declaração de Independência norte-americana e o próprio Rousseau. Ao sistematizar a compreensão de Locke, ressalta que o autor "fez referência a situações em que o governo prometia uma coisa e fazia o contrário; em que aquele [o governo] utilizava artimanhas para eludir a Lei; em que o governante usava seus poderes especiais contra o bem estar do povo; em que os funcionários inferiores cooperavam com ditas ações abusivas e aquelas em que as ações arbitrárias sucediam-se umas a outras."²⁸

Efetivamente, daí nasce o Direito de Resistência, do qual a desobediência civil é uma

26. "Concebemos essas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre esses estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para assegurar esses direitos, Governos são constituídos entre os Homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torna destrutiva para esses fins, é o Direito do Povo alterá-lo ou aboli-lo, e constituir novo Governo, assentando seus fundamentos em tais princípios e organizando seus poderes de tal forma que para eles pareçam mais adequados para concretizar sua Segurança e Felicidade." NATIONAL ARCHIVES. *Declaration of Independence: A Transcription*. 1776. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. "Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo de possuir e usar armas não poderá ser impedido." *Constituição dos Estados Unidos da América*. 1787. Universidade de São Paulo; Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Sem dúvida, esse expediente foi utilizado historicamente e em períodos relativamente recentes para permitir a desobediência civil, como é o caso das manifestações armadas dos Panteras Negras e recentemente nas manifestações originadas no brutal assassinato de George Floyd. Curiosamente, o próprio Locke coadunava com a escravidão.

27. "Uma das constatações que mais se sobressaem do constitucionalismo contemporâneo tem a ver com a falta de discussão em torno do direito de resistência, que durante mais de quatro séculos foi considerado um dos direitos centrais do Direito." GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. Astrolabio Revista de Filosofía Internacional, nº 4, 2017, p. 4.

28. GARGARELLA, *op. cit.*, p. 9.

espécie de descendente. A origem, portanto, da desobediência civil, se encontra no contratualismo e nos princípios fundantes dos Estados modernos, que propugnam que todo o poder nasce do povo.²⁹ Naturalmente, seria irracional conceber no tempo presente uma espécie de Direito de Revolução contra o Estado sendo reconhecida nos próprios fundamentos estatais e capaz de dar origem a uma excludente de culpabilidade de tal maneira amplo que permitisse até mesmo sua destruição. Daí que tal herdeira do Direito de Resistência se parecerá ao herdeiro que nas sucessivas repartições da herança entre gerações já não tem a mesma riqueza de seu antepassado e se torna cada vez mais pobre, se distanciando enormemente de sua origem e guardando consigo alguns velhos pertences de valor quase que sentimental.³⁰

Gargarella explicará que hoje o Direito de Resistência teria menos importância, tendo em vista a existência de "processos de legitimação do Estado", isto é, eleições, Parlamento, etc., que não existiam no tempo dos iluministas e que eles reivindicavam. Igualmente, traz a concepção de que hoje a rebelião é menos provável e possível, pois não haveria mais opressões tão graves e a presente fragmentação social o impediria,³¹ para logo indicar a existência de situações pontuais de "carência extrema" em que ocorre uma "alienação legal" e o Estado deixa de servir aos seus fins de promover o bem para a comunidade. A pobreza em si mesma seria uma violação de Direitos Humanos. Justifica, então, que desde logo é válida a resistência passiva e impõe limites à resistência ativa dos "carentes": *"os mais afetados não deveriam considerar que têm carta branca para atuar como lhes dê vontade, contra as autoridades públicas e contra os demais particulares."*³²

29. DIETER, *op. cit.*, p. 120 e 124.

30. Aqui é sempre útil reiterar que a crítica ao Iluminismo não é nova, vem, numa concepção progressista, desde os socialistas utópicos e tornou-se completa com o marxismo, essencialmente acabada. Enquanto Rousseau declarava abertamente a natureza deficitária da mulher, por exemplo, Fourier declarava que o grau de opressão da mulher era o barômetro com o qual se podia medir a opressão de toda a humanidade. MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *Ibid*, t. 25. As críticas pós-modernas que sob roupagem pretensamente democrática apontam contra o Iluminismo têm como efeito minar garantias fundamentais como aquelas propugnadas por Beccaria, Marat e Feuerbach, que ainda hoje, apesar das inúmeras novas formulações, seguem vigentes e são essencialmente as mesmas. Exemplo disso é mitigar o princípio da legalidade com a criminalização da homofobia sem tipificação expressa em Lei. Diante das aberrações presentes no campo do Direito Penal, tal qual o assim chamado Direito Penal do Inimigo, a defesa dos princípios fundamentais do Direito consagrados nas revoluções democráticas burguesas é necessidade premente. A respeito do Direito Penal do Inimigo, consultar SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Instituto de Criminologia e Política Criminal: 2012b.

31. GARGARELLA, *op. cit.*, p. 13 *et. seq.*

32. *Ibidem*, p. 22. Ainda assim, surgem questionamentos e dúvidas na cabeça do autor acerca do que é razoável exigir dos "carentes", diante da realidade estatal. "(...) acaso é possível propor do Estado que atue desta ou daquela maneira, quando se assume o mesmo como um Estado fundamentalmente viciado?" p. 27

Tais restrições são completamente compreensíveis como uma necessidade para os juristas e constitucionalistas, como é Gargarella, pois do contrário em vez de discorrer sobre possibilidades de exculpação escreveria panfletos em defesa do direito irrestrito do povo lutar através de qualquer meio, pela subversão do Estado, pela revolução, que de todo modo considera impossível pela "fragmentação" da sociedade. Trata-se, portanto, de estabelecer os limites da desobediência aceitável, sem afetar a ordem vigente em sua totalidade, mas permitindo certa quantidade de distúrbios, como o vapor que sai de uma válvula de uma panela de pressão. Um remédio "democrático" contra a injustiça mais evidente, uma melhoria para a "democracia". Tais restrições, entretanto, não podem ser tais que limitem excessivamente a *desobediência civil*, sob pena de inviabilizá-la e, nas palavras de Maurício Dieter, "promover a colonização sistêmica de sua espontaneidade".³³

Dentre os penalistas, Juarez Cirino explicará que tal excludente, no positivo, tem por objeto reivindicações políticas e públicas, ao passo que no negativo traz uma série de requisitos, como a limitação do uso da violência.³⁴

Apesar dos limites negativos apontados em sua síntese, a posição de Juarez Cirino está entre as que dão maior amplitude à desobediência civil entre os penalistas. Demonstra divergências importantes com autores como Claus Roxin e Jürgen Wolter, que por seu turno estão entre os que caracterizam a *desobediência civil* da forma menos restritiva entre os alemães, sendo exceção à regra de sequer considerá-la excludente de culpabilidade.³⁵ Ainda sim, mesmo a síntese de Juarez Cirino trará limitações. Isso porque a resistência dos presos é feita não apenas por criminosos, mas muitas vezes de modo e por fins também criminosos, de forma violenta, com danos que se prolongam no tempo, contra destinatários dos mais diversos, com frequência sem relação direta com o caso, e por vezes de forma ativa contra a ordem vigente. Mesmo que aqui não se busque exculpar criminosos de novos crimes no curso

33. DIETER, *op. cit.*, p. 129.

34. "A *desobediência civil* tem por objeto *ações* ou *demonstrações públicas* de bloqueios, ocupações etc. realizadas em defesa do bem comum ou de questões vitais da população ou em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais, como greves de trabalhadores, **protestos de presos** e, no Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST), **desde que não constituam manifestações de resistência ativa ou violenta contra a ordem vigente – exceto obstruções e danos limitados no tempo – e apresentem relação reconhecível com os destinatários respectivos.** (...) além disso, **a punição é desnecessária porque os autores não são criminosos** – e as funções de retribuição e de prevenção atribuídas à pena criminal não resolvem conflitos sociais." SANTOS, *op. cit.*, pp. 332-333. Destaques em itálico no original.

35. DIETER, *op. cit.*, 129, 139 *et seq.*

de suas penas, a conceituação segue insuficiente para defender os direitos dos presos ao esbarrar no que pode ser reconhecido pelo próprio Direito. Ocorre, porém, que isso é natural, pois do contrário não se chamaria desobediência civil, mas Direito de Resistência à Opressão, Direito de Rebelião, ou algum outro nome que se queira dar e que se remeta à concepção iluminista de subversão completa da ordem se preciso.

Como se vê, retornam os mesmos limites anteriormente apontados ao tratar do *estado de necessidade*, que é certo grau de comedimento, a vedação dos excessos, que podem se dar de várias formas. A experiência revela que as grandes mudanças na realidade prisional dificilmente ocorrem sem o derramamento de sangue e que queira-se ou não, essa é uma forma muitas vezes de exigir reivindicações que nenhuma vedação legal é capaz de impedir e que por mais absurda que seja a realidade prisional o Estado não pode reconhecer. Não se trata, entretanto e como dito acima, desse tipo de situação-limite quando tratamos da desobediência civil.

Para além das manifestações de familiares e amigos de presos, com os já mencionados por Juarez Cirino fechamentos de ruas e ocupação de terrenos, podendo adquirir outros contornos como a depredação de prédios públicos, a queima de ônibus, entre outros, ao tratar especificamente dos presos, a menor das resistências corre sempre o risco de ser categorizada como falta grave.³⁶ Por isso, a desobediência civil é categoria importantíssima, facilitando ao advogado a exposição em juízo. Tal como exposto na parte anterior, deve-se partir da presunção da *necessidade* em ser adotada a desobediência como meio de denunciar a realidade prisional,³⁷ de tal maneira que toda situação que assuma um caráter reivindicativo dentro dos limites apontados por Juarez Cirino deve ser desde logo exculpada, independentemente das inúmeras disposições em contrário nos mal-redigidos estatutos penitenciários.

36. A Execução Penal está recheada de casos esdrúxulos, como um preso que não aceitou ir à enfermaria alegando estar se sentido melhor, outro porque não utilizou um determinado pronome de tratamento convencionado entre os agentes penitenciários, entre outros casos.

37. A rigor, quando se protesta contra algo, isso é feito por considerar determinada questão injusta e ninguém pode tomar como injusto algo que nasce estritamente da própria responsabilidade. Portanto, o protesto é sempre destinado, com os meios a disposição e correspondentes com o objetivo buscado, a algo alheio à vontade do indivíduo ou conjunto de indivíduos que protestam. Todo protesto traz certos ônus e demanda esforços, mesmo os protestos aparentemente mais simples. Daí que se Locke dizia que os homens não estavam dispostos a uma revolução senão apenas após uma "longa cadeia de abusos", analogamente, quem recorre à desobediência civil tampouco o faz sem tal longa cadeia, que talvez possa ser tida como menos extensa que a de Locke. Uma cadeia de condições necessárias. Sobre Locke, uma vez mais: GARGARELLA, *ibidem*, *passim*.

Trata-se, na realidade, de conceito que abarca parte das estratégias dos presos para reivindicar seus direitos, como a gritaria, o *balangamento* de grades, entre outras formas, e que por sua vez não inclui as formas mais violentas que foram em partes mencionadas no decorrer do trabalho. Entretanto, precisamente por fazerem parte da luta dos presos e compreendendo que quando se fala de *massas* também se trata da *massa* carcerária — tendo em vista que a luta de classes é o motor da história e que as massas são as que fazem a história — tais formas de luta, exculpáveis por si mesmas, diante da presunção de necessidade, trazem em si mesmas precisamente o potencial para negar esse estado de necessidade e de uma forma ou de outra são parte da luta por sua superação, que nas prisões corresponde diretamente ao fim do estado de coisas institucional. Isso não significa que a desobediência seja já liberdade, que no sentido de Hegel significa a consciência da necessidade e que Marx definiria como a própria luta pela liberdade decorrente dessa consciência, sendo livre já aquele que em suas palavras se entrega para transformar o mundo, sendo a vida mesma luta.

O preso, ao reivindicar e desobedecer, não pode ser compreendido como livre na acepção marxista, que exigiria uma postura que os autores dessa linha chamariam de revolucionária. Busca antes de tudo a sua sobrevivência, mas ao brigar por se manter vivo, ao rejeitar a resignação pura e simples, reafirma em certa medida sua condição humana e dá um passo em direção à liberdade definitiva. Por isso a desobediência civil é parte da superação do estado de necessidade e não apenas continuidade pura e simples. Tal situação não se encontra nas demais excludentes de ilicitude e de culpabilidade aplicáveis ao preso e está aí o porquê de ter sido preciso tratar da desobediência civil de forma particular.

4. CONCLUSÃO

A escrita deste artigo teve como fundo indicar a possibilidade de defesa dos direitos dos presos através das assim chamadas excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Através da leitura de autores da criminologia mas, acima de tudo, da letra de presos que viveram nos cárceres e masmorras do Estado brasileiro nos mais distintos lugares e períodos dos séculos XX e XXI, verificou-se que as condições prisionais têm sido historicamente as mesmas, com a diferença de envolverem um número cada vez maior de almas. Desde a linguagem prisional,³⁸ aos motivos para as mais diversas revoltas, a condição das celas, a qualidade da comida, a falta de higiene e a propagação de doenças, a negligência de tratamento médico, a restrição punitiva de visitas, muitas vezes injustificada, até mesmo coisas que parecem pequenas, como a falta de talheres, mas que por existirem demonstram uma humilhação constante sobre a massa carcerária, a desigualdade entre presos pobres e ricos dentro das prisões, as estratégias de luta como os famosos *balangamentos* com suas palavras de ordem — as condições prisionais tem sido via de regra as mesmas, sendo sua violência intrínseca variável, decorrente da existência ou não de uma hegemonia de grupos de presos organizados e em torno de qual ideologia.³⁹

Tal constatação corroborou com a afirmação de que o assim chamado "estado de coisas inconstitucional" é um estado permanente e inerente às prisões. Retomar a perspectiva contratualista da ausência de Constituição como ausência de direitos e genuíno estado de natureza, assim como a retomada histórica da concepção de reino da "necessidade" através de Hegel, sendo compreendido como a etapa histórica em que a natureza e a sociedade enquanto parte dela dominam o homem e não o homem é quem as domina, por sua vez, permitiram categorizar tal "estado de coisas inconstitucional" permanente como um "estado de necessidade permanente", o que implica nas correspondentes consequências jurídicas.

O Estado e seus poderes não podem reconhecer em plenitude sua própria constatação do estado de coisas inconstitucional, senão em doses homeopáticas, com medidas paliativas para o desencarceramento como são as tornozeleiras e prisões domiciliares, as comutações e indultos, no momento banidos pelos generais e seu Presidente. Daí que a constatação do aqui

38. Graciliano Ramos, por exemplo, já falava de *faxinas* e da contraposição entre *otários* e *malandros*, que se parece muito à contraposição exposta por Camila Caldeira Nunes Dias em sua tese de doutorado e que permeia a visão de mundo das prisões.

39. Conforme, por exemplo, trazem DIAS, *ibidem*, LIMA, *ibidem* e RAMOS, *ibidem*.

foi chamado de *estado de necessidade permanente* terá aplicabilidade relativamente pequena, mas não por isso desimportante, como um argumento para legitimar a presunção de veracidade das alegações dos presos diante de excludentes de ilicitude e de culpabilidade. De igual maneira, enquanto o Iluminismo propugnou a possibilidade da destruição da ordem social que seja marcada por uma cadeia de abusos através da violência e o fez realidade, o reconhecimento do direito à desobediência civil está longe de ter a mesma conclusão revolucionária. Entretanto, cria condições mais favoráveis ao preso para se reafirmar enquanto ser pensante, que enquanto tal tem ideias e, tendo ideias, possui valores, julga determinadas coisas corretas e outras equivocadas e quando lhe é imposto algo que considera injusto, se rebela, como sujeito de Direito.

A luta dos advogados e dos defensores dos direitos dos presos tem em si mesma o mesmo efeito de reafirmar a condição humana do preso e seu direito a reivindicar seus direitos que a caracteriza, sendo frequentemente mencionada por aqueles que passaram pelas prisões como essenciais para lembrá-los dessa condição.⁴⁰ Espera-se que através do pano de fundo exposto este artigo tenha atingido de alguma maneira o seu verdadeiro objetivo: chamar a atenção do eventual leitor à riqueza da Execução Penal e assim estimular o maior interesse de atuação na área.

40. Nas palavras de um preso político durante o Regime Militar: *"O Sobral Pinto, ser o meu defensor; para a minha autoestima, saber que ele acreditava em mim e na minha história depois de eu ter passado por um processo de desinformação sistemática que a tortura fez, quando eu tinha perdido todas as autorreferências, onde eu tinha me esfrangalhado completamente, na medida que uma pessoa como ele me resgata como ser humano com direitos civis, aquilo é quase uma ressurreição."* SOBRAL Pinto: o homem que não tinha preço. Direção: Paula Fiuza. Brasil: 2013.

REFERÊNCIAS

400 contra 1. Direção: Caco Souza. Produção de Destiny Internacional. Brasil: 2010.

ARRUDA, Renaje Alves de. ALVES, Marianny. **O Direito de Resistência no Sistema Prisional Brasileiro:** sobre a violência institucional. Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Brasília: 2017. v. 3, nº 1

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionario de Filosofia**; tradução de Alfredo Bossi. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução de OLIVEIRA, Paulo M.. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL MILITAR**. Brasília: 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm Acesso em: 4 de março de 2021.

CARDOSO, Maurício. **O duro desafio de defender presos políticos na ditadura**. Revista ConJur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-01/herois-advocacia-resistencia-regime-generais2> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo; Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIETER, Maurício Stegemann. **A inexigibilidade de comportamento adequado à norma**

penal e as situações supraleais de exculpação. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba,, 191 p., 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América.** 1787. Universidade de São Paulo; Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 42^a ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema.** Astrolabio Revista de Filosofia Internacional, nº 4, 2017.

HERINGER, Carolina. **Morre William 'Professor', um dos fundadores da maior facção criminosa do Rio.** EXTRA. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/morre-william-professor-um-dos-fundadores-da-maior-facciao-criminosa-do-rio-23848272> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** London: Oxford University Press, 1965.

HUME, David. **An Enquiry Concerning Human Understanding and Other Writings.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LIMA, William da Silva. **Quatrocentos contra um:** uma história do Comando Vermelho. 2^a ed. São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Collected Works.** Lawrence & Wishart; Eletric Book, 2010.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia.** 5^a ed. Pensilvania: 1964.

NATIONAL ARCHIVES. **Declaration of Independence: A Transcription.** 1776. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript> Acesso em: 4 de março de 2021.

NEVES, Daniel Monteiro. **Como se defende um comunista:** uma análise retórico-discursiva da defesa judicial de Harry Berger por Sobral Pinto. Dissertação (Mestrado em Letras) – Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de São João del-Rei. São João del-Rei, 226 p., 2013.

NUNES, Leandro Gornicki. **Culpabilidade e exculpação:** o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 178 p., 2012.

PACHUKANIS, Evgueni Bronislávovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo;** tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do Cárcere.** São Paulo: Círculo do Livro, [19--].

REIS, Washington Pereira da Silva dos. **A fundamentação ideológica do poder punitivo e o cárcere como meio de controle social:** a punição para além do cumprimento da pena. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 333 p., 2014

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical.** 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012a.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Instituto de Criminologia e Política Criminal: 2012b.

SOBRAL Pinto: o homem que não tinha preço. Direção: Paula Fiuza. Brasil: 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La cuestión criminal.** 6ª ed. Buenos Aires: Planeta, 2015.